بحث محكم

الشورى القضائية في الفقه الإسلامي

وتطبيقاتها في نظام القضاء السعودي

إعداد:
د. عبدالله بن عبيد بن عامر النفاعي*

---

* أستاذ مساعد بقسم الشريعة بجامعة الطائف .

مقدمة

أحمدك اللهم، وأستمنحك السداد في القول، والإخلاص في العمل، فمنك التوفيق وبك الاستعانة، وأصلي وأسلم على الرحمة المهداة، الذي تركنا على المحجة البيضاء، ليلها كنهارها، وعلى آله وصحبه، ومن ترسم خطاهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

فهذه دراسة يسيرة تتعلق بمسألة مهمة في باب القضاء، ألا وهي: «الشورى القضائية في الفقه الإسلامي»، أردت من خلالها أن أبرز معالمها بطريقة منهجية، ليتسنى للمشتغلين بالفصل في الدعاوى وهم القضاة أن يقفوا على ما انتهى إليه البحث فيها، وصولاً إلى معرفة الحكم الصحيح بغالب الظن الاجتهادي والذي يحقق العدالة المنشودة التي هي ضالة القاضي، وقد اتبعت في منهجي هذا عرض آراء الفقهاء في المسألة الخلافية من مظانهم المعتمدة، وكذا سبب اختلافهم وأدلة كل منهم، ثم الاجتهاد في الوصول إلى الرأي المختار من وجهة نظري، بعد تقديم الأسباب الداعية إلى ذلك، من مناقشات للأدلة، ومراعاة لأهداف الشريعة ومقاصدها.

هذا وقد جاءت معالجة البحث في ثلاثة مباحث، وتضمن كل مبحث عدة مطالب وفروع.

المبحث الأول
تصوير الشورى القضائية ومشروعيتها، وحكمتها، وأهميتها

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشورى القضائية:

إن مصطلح (الشورى القضائية) لم يوضع له تعريف خاص به لدى الفقهاء باعتباره علماً، ومن ثم فإننا نعرفه باعتباره مركباً إضافياً؛ ضرورة توقف هذا المركب على معرفة كل جزء على حده. وعليه فإننا سوف نعرف أولاً: الشورى في اللغة والاصطلاح، وكذلك القضاء، حتى نتوصل لتعريف الشورى القضائية، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الشورى لغة واصطلاحًا:

أولاً: تعريف الشورى في اللغة:

الشورى اسم مصدر مشتقة من الفعل شور(١).

يقول ابن فارس في (معجم مقاييس اللغة):

«الشين والواو والراء أصلان مطردان، الأول منها: إبداء شيء وإظهاره وعرضه، والآخر أخذ شيء»(٢).

و يقال: شُرت الدابة وشوّرتها أي: عرضتها للبيع.

ويقال: شار العسل: استخرجه من موضعه واجتناه.

---

(١) انظر لسان العرب، ابن منظور (٤/٤٣٧).
(٢) (٣/٢٢٦).

وتقول: شاورته واستشرته أي: طلبت منه المشورة والرأي(٣).

ويظهر مما سبق أن لفظ (الشورى) تستعمل في عدة معانٍ، أوضحها:

طلب الرأي من الآخر في أمرٍ يشكل على السائل.

ثانيًا: تعريف الشورى في الاصطلاح(٤):

الشورى عرفت بتعاريف متعددة:

١- عرفها ابن العربي بقوله: «هي الاجتماع على الأمر؛ ليستشير كل واحد منهم صاحبه ويستخرج ما عنده»(٥).

٢- وعرفها الجويني بأنها:

«الاستطلاع للآراء في مسألة عامة لم يَرِدْ بها نص صريح قاطع في الكتاب أو السنة، وصولاً إلى الأصوب ثم اتباعه»(٦).

٣- وعرفها الدكتور عبد الحميد الأنصاري بأنها:

«استطلاع رأي الأمة أو من ينوب عنها في الأمور العامة المتعلقة بها»(٧).

٤- وعرفها الدكتور محمد سعيد البوطي - بقوله:

«رجوع الإمام أو القاضي أو آحاد المكلفين في أمرٍ لم يستبن حكمه بنص قرآن أو سنة أو ثبوت إجماع إلى من يُرجى منهم معرفته بالدلائل الاجتهادية، من العلماء المجتهدين، ومن قد ينضم إليهم في ذلك من أولي الدراية والاختصاص»(٨).

---

(٣) انظر لسان العرب (٤/٤٣٧)، تاج العروس، الزبيدي (١٢/ ٢٥٩).

(٤) ما نقصده بتعريف الشورى في هذا البحث هو الشورى في منطق الإسلام، وليس الشورى السياسية وغيرها.

(٥)أحكام القرآن (١/٢٩٧).

(٦) أصول نظام الحكم في الإسلام، أستاذنا الدكتور فؤاد عبد المنعم، نقلاً عن غياث الأمم، للجويني(٢٠١).

(٧) الشورى وأثرها في الديمقراطية (٤٢٣).

(٨)خصائص الشورى ومقوماتها (٢/ ٤٨٨).

وبعد النظر والتأمل والإمعان في هذه التعاريف نلحظ أن تعريف البوطي هو الذي يعبر عن المعنى المطلوب للشورى، من وجهة نظري، وإن كان التعريف يحتاج إلى تعديل حتى يتفق مع ضابط الحد المعروف لدى المناطقة وأهل العلم، ويمكن تحقيق ذلك من وجهة نظري من خلال القيود التالية:

طلب الرأي المحقق للمصلحة الشرعية من أهل الاختصاص في أمرٍ مشكل على صاحبه، وبناء على هذا التعريف الذي اخترناه، فإن الشورى تقتضي الثوابت التالية حتى تحقق أهدافها، وهي الوصول إلى معرفة الرأي الأصوب في المسائل المستشكلة، وهي:

١- حرص المستشير على طلب الرأي والمشورة.

٢- أن يكون هذا الطلب من أهل الخبرة وذوي الاختصاص.

٣- أن يحقق هذا الرأي المصلحة الشرعية والدنيوية.

الفرع الثاني: تعريف القضاء لغة واصطلاحًا.

أولاً: تعريف القضاء في اللغة:

جاء في (معجم مقاييس اللغة):

«القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمره وإتقانه وإنفاذه لجهته قال الله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴿١٢﴾﴾(٩) أي أحكم خلقهن(١٠).

والقضاء: الحكم، يقال قضيت بين الخصمين وعليهما، أي حكمت.

وللقضاء معانٍ عدة، منها:

---

(٩) سورة فصلت، الآية (١٢).

(١٠) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس (٥/٩٩).

الحكم والإلزام، والفصل؛ قال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقُوا إِلاَّ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ ۝١٤﴾(١١).

ويأتي بمعنى الفراغ؛ تقول قضى حاجته(١٢).

وبمعنى الأداء، قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلاَةَ ۝١٠٣﴾(١٣). أي أديتموها.

وفي الجملة: تستعمل كلمة القضاء في معان عديدة تعود إلى انقضاء الشيء وتمامه، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدى، أو أوجب أو أعلم أو أنفذ فقد قضى(١٤).

ثانيًا: تعريف القضاء في الاصطلاح:

عرف القضاء في الاصطلاح بتعريفات عديدة حتى في نطاق المذهب الواحد.

فقد عرفه الحنفية بتعريفات كثيرة، نذكر منها:

١- «إلزام على الغير ببينة أو إقرار»(١٥).

٢- وجاء في (الدر المختار) هو: «فصل الخصومات وقطع المنازعات»(١٦).

وفي (درر الحكام شرح غرر الأحكام): «إلزام على الغير ببينة أو إقرار أو نكول»(١٧).

أما المالكية فكان تعريفهم المشهور للقضاء؛ «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»(١٨).

---

(١١) سورة الشورى، الآية (١٤).
(١٢) انظر: مختار الصحاح، الرازي (١/٢٢٦).
(١٣) سورة النساء، الآية (١٠٣).
(١٤) أنظر: فيض القدير، المناوي (١/٣٢٥).
(١٥) انظر: أنيس الفقهاء، القونوي (١/٣٢٥).
(١٦) (٥/٣٥٢).
(١٧) (٨/٣٦٣).
(١٨) مواهب الجليل. الحطاب (٦ / ٨٩) وانظر نفس التعريف: معين الحكام، للطرابلسي (١/١٠)، تبصرة الحكام، ابن فرحون (١/٩)، حاشية العدوي (٢/٤٣٩)، فتح الجليل، محمد عليش (٨/٢٥٥)؛ الثمر الداني شرح رسالة القيرواني (١/٦٠٤).

وعرفه الشافعية بتعاريف متعددة، منها:

١- «إلزام من له الإلزام بحكم الشرع»(١٩).

٢- قال ابن عبدالسلام: «الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية هو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه»(٢٠).

وعرفه الحنابلة؛ بأنه:

«تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات»(٢١).

وعرفه ابن خلدون بأنه: «الفصل بين الناس في الخصومات، حسماً للتداعي، وقطعاً للتنازع بالأحكام الشرعية المتلقاه من الكتاب والسنة»(٢٢).

وهذه التعاريف للقضاء وإن بدت وكأنها مختلفة لفظاً، إلا أنها في الحقيقة متقاربة معنى، فالاختلاف لفظي لا حقيقي. لأن ما أخفاه كل تعريف من مقومات القضاء تضمنه ما أظهره من هذه المقومات. مثالاً: التعريف الذي يظهر عناصر الخصومات وفصلها ويخفي العناصر الأخرى التي تضمنها القضاء، فالحكم بحكم الله، ووجود خصمين أو أكثر، فلا شك أن الخصومات تستلزم وجود هذه العناصر، فلم تذكر في التعريف(٢٣) أن القضاء إلزام بحكم الشرع ببينة.

الفرع الثالث: تعريف الشورى القضائية باعتباره مركباً إضافياً:

من خلال ما انتهى إليه البحث من تعريف للشورى والقضاء، يمكن أن نضع تعريفاً

---

(١٩) نهاية المحتاج، الرملي (٨/٢٥٨).

(٢٠) مغني المحتاج (٤/٣٧٢) وانظر: حواشي الشرواني، عبد الحميد (١٠/١٠١ - ١٠٢) إعانة الطالبين، الدمياطي (٤/٢٣٧).

(٢١) الروض المربع (٣/٣٨٢).

(٢٢) مقدمة ابن خلدون (٢/٢٢٠)، وانظر: الاختصاص القضائي، لأستاذنا د. ناصر الغامدي.

(٢٣) انظر: نظام القضاء، زيدان (١٢).

للشورى القضائية باعتبارها مركباً إضافياً يتمثل في القيود التالية : «طلب القاضي رأي أهل الاختصاص في خصومة مشكلة عليه ليفصل فيها بالحكم المطلوب شرعاً» .

المطلب الثاني: مشروعية الشورى القضائية

استدل على مشروعية الشورى القضائية من الكتاب والسنة والآثار ، نعرض لبعض منهما على النحو التالي :

أولاً: من الكتاب:

١- قوله تعالى : ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ﴿١٥٩﴾﴾(٢٤) .

وجه الدلالة : «قال الحسن : إن كان عن مشاورتهم لغنيًا ، ولكنه أراد أن يستن بذلك الحكام بعده»(٢٥) .

وقال أبو حيان الأندلسي : في هذه الالآية دليل على المشاورة وتخمير الرأي وتنقيحه والفكر فيه ، وأن ذلك مطلوب شرعًا ، خلافًا لما كان عليه بعض العرب من ترك المشورة ، ومن الاستبداد بالرأي ، من غير فكر في عاقبة»(٢٦) .

قلت : والناظر في الالآية الكريمة السابقة يلحظ أن الأمر فيها ليس خاصاً بفرد ، بل هو عام لجميع الأمة ، والقضاةُ جزء منها ، فهم داخلون في عموم الخطاب ، فلزمهم استشارة

---

(٢٤) سورة آل عمران، الآية (١٥٩).

(٢٥) أحكام القرآن، الشافعي (٢ / ١٢٠)، وانظر: مختصر المزني، الشافعي (١/ ٢٩٩)، معرفة السنن والآثار، البيهقي (٧/ ٢٥٩)، الحاوي الكبير، الماوردي (١٦/ ٤٨) ؛ شرح السنة، البغوي (١٠/ ١١٩)، المغني، ابن قدامة (١٠/ ٩٩)، الكافي، ابن قدامة (٤/ ٤٥٠)؛ حسن السلوك الحافظ دولة الملوك، الموصلي (١/ ٧٥).

(٢٦) تفسير البحر المحيط، أبو حيان الأندلسي (٣/ ١٠٥).

العلماء فيما يحتاجون أو يشكل عليهم من الأمور.

٢- قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ** ﴿٣٨﴾ ﴾(٢٧).

وجه الدلالة: يقول الجصاص: «هذا يدل على جلالة موقع المشورة، لذكره لها مع الإيمان وإقامة الصلاة، ويدل على أننا مأمورون بها»(٢٨).

ثانياً- من السنة:

١- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: «ما رأيت أحداً أكثر مشورة لأصحابه من النبي ﷺ»(٢٩).

٢- ما رواه ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لما نزلت ﴿ **وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ** ﴿١٥٩﴾ ﴾(٣٠). قال رسول الله ﷺ: «أما إن الله ورسوله لغنيان عنها، ولكن جعلها الله رحمة لأمتي، فمن استشار لم يعدم رشدًا، ومن تركها لم يعدم غيًّا»(٣١).

وهذه الأدلة تدل بعمومها على مشروعية الشورى القضائية، ذلك أن القاضي غير معصوم، ويحتاج للشورى التي تهديه بإذن الله إلى سبيل الرشاد، كما أخبر المعصوم ﷺ.

٣- ما جاء عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: قلت: «يا رسول الله، إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر ولا نهي، فما تأمرني؟ قال ﷺ: «شاور فيه الفقهاء والعابدين، ولا تمضوا فيه رأي خاصة»(٣٢)، فهذا الحديث نص صراحة على مشاورة الفقهاء

---

(٢٧) سورة الشورى، الآية (٣٨).

(٢٨) أحكام القرآن، الجصاص (٥ / ٢٦٣) تفسير التحرير والتنوير، ابن عاشور (٤/١٤٩).

(٢٩) أخرجه، البيهقي في سننه (٧/٤٥)، حديث (١٣٠٨٢).

(٣٠) سورة آل عمران، الآية (١٥٩).

(٣١) روح المعاني، الألوسي (٤/١٠٦) فتح القدير، الشوكاني (١/٣٩٥)، وضعفه الألباني.

(٣٢) المعجم الأوسط، الطبراني (٢/٤٧٢)، حديث (١٦١٨)، وقال: رجاله موثقون من أهل الصحاح، مجمع الزوائد، الهيثمي (١/١٧٨)، كنز العمال، الهندي (٣/١٦٦)، حديث (٧١٩١).

والعابدين في النوازل والمستجدات، وعدم الانفراد أو القضاء فيها برأي خاص، دون الرجوع والاستهداء بآراء أهل العلم.

وعليه فهذه الأحاديث تدل في الجملة على مشروعية الشورى القضائية.

ثالثاً- الآثار:

أن السلف رضوان الله عليهم ـ كان يرجع بعضهم إلى بعض، ويستشير بعضهم بعضاً فيما يجد من مسائل تشكل عليهم، وخاصةً في أمور القضاء. ومن النماذج التي تدل على ذلك ما يلي:

١- ما روي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه إن أعياه أن يجد في الكتاب والسنة حكماً سأل: هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء؟ فإن كان لأبي بكر قضاء قضى به، وإن لا جمع علماء الناس واستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به(٣٣).

قلت: وهذا دأب الخلفاء الراشدين في المواظبة على الشورى في شتى نواحي الحياة.

جهة الدلالة: فهذه الواقعة تدل على أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يستشير قبل القضاء، وفعله مأمور باتباعه.

٢- ما روي عن المغيرة بن شعبة أن عمر رضي الله عنه استشارهم في إملاص المرأة، فقال المغيرة: قضى النبي ﷺ بالغرة عبد أو أمة، فشهد محمد بن مسلمة أنه شهد النبي ﷺ قضى بها(٣٤).

جهة الدلالة: هذا الأثر يدل أيضاً على أن عمر كان يستشير الصحابة في المسائل التي

---

(٣٣) انظر: إعلام الموقعين (١/ ٦٢).

(٣٤) مسند الإمام أحمد بن حنبل (٤/ ٢٤٤)، حديث (١٨/٦١)، صححه البخاري، حديث (٦٥٠٩) المعجم الكبير (١٩/٢٢٧) حديث (٥٠٧)، (٢٠، ٤٣٩)، حديث (١٠٦٩)، حديث (١٠٧٥)، مصنف ابن أبي شيبة (٦/ ٨)، حديث (٢٩٠٤٩)، والصور والأمثلة في هذا الباب كثيرة جدًا، وإنما اقتصرت على بعض الأمثلة لأن المقام لا يتسع لذكرها.

تشكل عليه، ويؤكد هذا أيضاً ما قاله الشعبي: «من سره أن يأخذ بالوثيقة من القضاء فليأخذ بقضاء عمر، فإنه كان يستشير»(٣٥).

٣- أن عمر رضى الله عنه ـ شاور في حد الخمر، فقال له على بن أبي طالب رضى الله عنه: نرى أن تجلده ثمانين جلدة، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر، هذى وإذا هذى افترى، فجلد عمر في الخمر ثمانين(٣٦).

٤- وعن يحيى بن سعيد قال: سأل عمر بن عبد العزيز عن قاضي الكوفة، وقال: القاضي لا ينبغي أن يكون قاضيًا حتى يكون فيه خمس خصال: عفيف حليم عالم لما كان قبله يستشير ذوي الألباب، لا يبالي بملامة الناس»(٣٧).

٥- ما روي عن عمرو بن شرحبيل قال: كان سلمان بن ربيعة يقضي في المسجد، فسئل عن فريضة فأخطأ فيها فقال له عمرو بن شرحبيل: القضاء فيها كذا وكذا، فكأنه وجد في نفسه، فرجع ذلك إلى أبي موسى فقال: أما أنت يا سلمان فما كان نولك تغضب، وأما أنت يا عمرو فكان من نولك تشاوره في إذنه(٣٨).

فهذه الآثار تدل على أن الصحابة والتابعين طبقوا مبدأ الشورى في القضاء، وهذا مما يدل على مشروعيته، ولو لم يكن مشروعاً لما فعلوه.

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعيتها:

لا يمتري أحد في أن كل شريعة شرعت للناس إنما ترمي أحكامها إلى مقاصد وحكم مرادة لمشرعها الحكيم(٣٩).

---

(٣٥) سنن البيهقي الكبرى (١٠/١٠٩)، حديث (٢٠٠٩٢).

(٣٦) سنن البيهقي الكبرى (١٠/١٠٩)، حديث (٢٠٠٩٥).

(٣٧) المصدر نفسه (١٠/١١٠)، حديث (٢٠٠٩٥).

(٣٨) المصدر نفسه (١٠/١١٠)، حديث (٢٠٠٩٨).

(٣٩) انظر: مقاصد ابن عاشور (١٧٩).

إن تفعيل مبدأ الشورى يحقق عدة أمور تؤدي إلى التلاحم والتواد والتراحم بين المتعاملين به، منها:

١- أن الشورى عامة، فيها تطييب للخواطر، وإزالة لما يصير في القلوب عند الحوادث، فإن من له الأمر على الناس -إذا جمع أهل الرأي والفضل وشاورهم في حادثة من الحوادث اطمأنت إليه نفوسهم وأحبوه، وعلموا أنه ليس يستبد عليهم، وإنما ينظر إلى المصلحة الكلية العامة للجميع، فبذلوا جهدهم ومقدورهم في طاعته، لعلمهم بسعيه في مصالح العموم، بخلاف من ليس كذلك فإنهم لا يكادون يحبونه محبة صادقة، ولا يطيعونه، وإن أطاعوه فطاعة غير تامة(٤٠). كما أن علوم الخلق متناهية، فلا يبعد أن يخطر ببال إنسان من وجوه المصالح ما لا يخطر ببال غيره، ولاسيما فيما يفعل من أمور الدنيا(٤١).

٢- أنها تنور الأفكار بسبب إعمالها فيما وضعت له، فصار في ذلك زيادة للعقول(٤٢).

وما تنتجه الاستشارة من الرأي المصيب، فإن المشاور لا يكاد يخطيء في فعله، وإن أخطأ أو لم يتم له مطلوب فليس بملوم(٤٣).

٣- أن الشورى تهدي إلى أرشد الأمور، والقاضي مهما علا كعبه في العلم فهو محتاج إلى مجلس شورى، فرأي الجماعة أقرب إلى الصواب من رأي الفرد، وقد يظهر له من خلال المكاشفات، واستظهار رأي الشورى من الأمور التي قد تغير مسار الحكم على

---

(٤٠) انظر: تفسير السعدي (١/١٥٤).
(٤١) انظر: التفسير الكبير، الرازي (٩/٥٤).
(٤٢) انظر: المصدر نفسه (١/١٥٤).
(٤٣) انظر: المصدر نفسه (١/١٥٤).

القضية، فالقاضي يفصل بين الناس في دمائهم وأموالهم وأعراضهم، فكان من الحكمة أن يكون هناك شورى قضائية حتى يكون اجتهاده سليماً وأقرب للصواب.

يقول الدكتور يوسف القرضاوي:

«ينبغي في القضايا الجديدة أن تنتقل من الاجتهاد الفردي إلى الاجتهاد الجماعي الذي يتشاور فيه أهل العلم في القضايا المطروحة، وخصوصًا فيما يكون له طابع العموم، ويهم جمهور الناس، فرأي الجماعة أقرب للصواب من رأي الفرد، مهما علا كعبه في العلم، فقد يلمح شخص جانبًا في الموضوع لا ينتبه له آخر، وقد يحفظ شخص ما يغيب عن غيره، وقد تبرز المناقشة نقاطًا كانت خفية، أو تجلي أمورًا كانت غامضة، أو تذكر بأشياء كانت منسية، وهذه من بركات الشورى، ومن ثمار العمل الجماعي دائمًا، عمل الفريق، أو عمل المؤسسة، بدل عمل الأفراد»(٤٤).

المطلب الرابع: أهميتها:

تظهر أهمية الشورى من خلال أمر الله سبحانه وتعالى بها نبيه ‹ في قوله تعالى: ﴿ **فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ** ﴿١٥٩﴾ ﴾(٤٥).

وتظهر أهميعها أيضاً من خلال جعلها من أبرز صفات المؤمنين المستجيبين لنداء ربهم، وقرنها بالصلاة التي هي الركن الثاني من أركان الإسلام في قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا**

---

(٤٤) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية (١٨٢). والاستشهاد بهذه الفقرة من كلام القرضاوي، وإن كانت تتعلق بفكرة الاجتهاد الفقهي الجماعي، فإنها تفيد فيما نتحدث عنه من بيان لآثار تفعيل مبدأ الشورى. إذ إن الغاية واحدة في كل من الأمرين، وهي الوصول بعد التشاور إلى تجلية الأمور الغامضة، أو التذكير بالأمور المنسية فالمناسبة واضحة.

(٤٥) سورة آل عمران الآية (١٥٩).

لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ ﴿٣٨﴾ ﴾(٤٦) وتبرز أهميتها أيضًا من خلال الأحاديث النبوية التي وضحت وعرّفت كثيراً من مشاوراته ﷺ لأصحابه، سواء في نظام الحكم والقضاء أو في نظام الحياة عمومًا.

فقد روى الترمذي في سننه عن أبي هريرة أنه قال: «ما رأيت رجلاً أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ لأصحابه»(٤٧).

فالشورى دعامة من دعامات الحكومة الإسلامية، وعليها مدار انتظامها وحسن سلوكها وسعادتها، فأعدل الحكومات هي الحكومة الشورية(٤٨).

وقد طبق الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ مبدأ الشورى في شؤون حياتهم كلها، يقول الجويني ـ رحمه الله ـ: «إن أصحاب المصطفى ﷺ، ـ رضي الله عنهم ـ استقصوا النظر في الوقائع والفتاوي والأقضية، فكانوا يعرضونها على كتاب الله تعالى، فإن لم يجدوا فيها متعلقاً، راجعوا سنن المصطفى عليه السلام، فإن لم يجدوا فيها شفاء، اشتوروا واجتهدوا، وعلى ذلك درجوا في تمادٍ إلى انقراض عصرهم، ثم استن بسنتهم من بعدهم»(٤٩).

ورأي الجماعة لا شك أنه أقرب للحق والصواب من رأي الفرد، مهما بلغت منزلته العملية، فالشورى فضيلة إنسانية، وهي الطريق الصحيح لمعرفة أصوب الآراء، والوصول إلى الحقيقة وجلاء الأمر، لأن العقول كالمصابيح، إذا اجتمعت ازداد النور ووضح السبيل(٥٠).

---

(٤٦) سورة الشورى، الآية (٣٨).
(٤٧) سبق تخريجه.
(٤٨) انظر الشورى العسكرية في الإسلام، محمود خطاب (٨٦٨).
(٤٩) غياث الأمم. (٢١٥).
(٥٠) انظر الاجتهاد الجماعي، شعبان إسماعيل (٢٧) «بتصرف».

كما أن إقامة مبدأ الشورى يعتبر صورة من صور التعاون الذي أمر الله عز وجل به في كتابه بقوله: ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** ﴿٢﴾ ﴾(٥١) داخلة أيضاً في عموم التواصي المأمور به في قوله تعالى: ﴿ **وَالْعَصْرِ** ﴿١﴾ **إِنَّ الإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ** ﴿٢﴾ **إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ** ﴿٣﴾ ﴾(٥٢).

فالشورى القضائية إذا فعلت بضوابطها الشرعية من شأنها أن تحقق المقصود وهو: بيان الحق بإذن الله، والوصول إلى الحكم المطلوب(٥٣).

كما تظهر أهمية الشورى القضائية إذا لم يكن القاضي عالمًا وليس له القدرة على الاجتهاد، فالأولى له مناظرة الفقهاء في أمره وما يرد عليه. (٥٤)

والقاضي مهما بلغ من رجاحة العقل، وسداد الرأي وسعة الاطلاع، وكثرة التجارب فإنه يكون أقل صوابًا لو استبد برأيه، ولم يستشر غيره من أصحاب العقول والأفهام والعلم، ولم يشركه في أموره، ذلك لأن الاستبداد بالرأي غالبًا ما يكون بفعل الهوى، ومن تأثر بهواه فقد ابتعد عن الحق والصواب(٥٥).

كما أن حكمة التشريع تقتضي أن تكون معظم الأحكام الفقهية مستندة إلى مدارك وأدلة ظنية، خاضعة للنظر والاجتهاد، وقابله لاستنباط أكثر من وجه واحد منها، مراعاةً لتجدد الأحداث وتطور الزمان. وكلما كان الاجتهاد جماعيًا، وأقرب إلى إمكان اقتطاف ثمرة الإجماع في الأمر المبحوث فيه، كان ذلك أكثر انسجاماً مع أمر الشرع وهديه. وليس

---

(٥١) سورة المائدة، الآية (٢).

(٥٢) سورة العصر.

(٥٣) شرح أدب القاضي للخصاف، برهان الأئمة الشهيد (٣٦٤) «بتصرف».

(٥٤) انظر: المصدر نفسه (٣٦٥) «بتصرف».

(٥٥) ارتباط الشورى بالفتوى وقضايا الاجتهاد الجماعي، محمد أبو فارس (٩٩٧). قلت: وليس هذا على إطلاقه، فقد يستبد الحاكم برأيه في الحكم في قضية ما بعد إعمال للفكر واجتهاد ونظر، وتطمئن نفسه لما حكم به، ويرى أنه هو الحق والصواب.

الإمام في هذه الدائرة الاجتهادية إلا فردًا واحدًا من أعضائها، فلا بد من أن ينصهر رأيه بين سائر الآراء الاجتهادية الأخرى، ليتيسر الانتهاء إلى أقرب الأحكام إلى الصحة، وأبعث النتائج طمأنينة في النفس(٥٦).

وجملة القول: أن ما يقوم به القاضي من اجتهاد وحكم إنشائي يصدره ويوقعه عن رب العالمين لا شك أنه اجتهاد خطير الأثر والنتائج، يتطلب منه ضرورة اعتماده على الشورى فيما يصدره من أقضية وأحكام، وصولاً إلى إصابة الحكم الأقرب إلى الصحة.

المبحث الثاني

أحكام الشورى القضائية، وعلاقتها بغيرها، وصورها

وتحته أربعة مطالب:

المطلب الأول: حكم الشورى القضائية:

من خلال النظر فيما قاله الفقهاء - رحمهم الله تعالى - بهذا الشأن نلحظ أنهم اختلفوا في حكمها على قولين:

الأول: ويمثله الحنفية وبعض المالكية، وذهبوا فيه إلى أن الشورى القضائية لازمة، وإن اختلفوا في كيفيتها(٥٧).

يقول السرخسي:

«فعرفنا أنه لا ينبغي للقاضي أن يدع المشاورة، وإن كان فقيهًا، ولكن في غير مجلس

---

(٥٦) خصائص الشورى ومقوماتها، البوطي (٥٩١).

(٥٧) المبسوط (٧٢/١٦)، بدائع الصنائع (١٢/٧)، تبصرة، ابن فرحون (٨٦/١)، معين الحكام، الطرابلسي (٥٦/١). والمراد باللزوم هنا ليس الواجب أو الفرض بمفهوم الأصوليين، وإنما المراد به الأولى وخلاف المباح، ولاشك أن تعبيرهم بقوله: «لا ينبغي»، و«ينبغي» يدل على ذلك.

القضاء على ما بيَّنَّا، إن الانشغال بالمشورة في مجلس القضاء ربما يحول بينه وبين فصل القضاء، ويكون سببًا لازدراء بعض الجهال به»(٥٨).

ويقول الكاساني: «وينبغي أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لئلا يظن بما عنده من الحق والصواب.. ولا ينبغي أن يشاورهم بحضرة الناس، لأن ذلك يذهب بمهابة المجلس، والناس يتهمونه بالجهل، ولكن يُقِيمُ عن المجلس ثم يشاورهم، أو يكتب في رقعة فيدفع إليهم، أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان»(٥٩).

ويقول القرافي:

«واختلف في جلوس العلماء، فاختار محمد حضورهم ومشاورتهم.. ومنع مطرف، وقال: إذا ارتفع عن مجلس القضاء شاور، قال اللخمي: ذلك يختلف إن كان لا ينحصر بحضورهم، وإنْ لا فلا، إلا أن يكون القاضي مقلدًا، فلا يسعه القضاء بغير حضورهم، قال محمد: ولا يدع مشاورة الفقهاء عندما يتوجه الحكم، ولا يجلس للقضاء إلا بحضور عدول ليحفظوا إقرار الخصوم حقوق رجوع المقر.

قال التونسي: قال سحنون: لا ينبغي أن يكون معه من يشغله عن النظر، فقهاء أو غيرهم، فإن ذلك يدخل عليها الحصر والوهم.. وفي (الجواهر) قال ابن الحكم: «لا ينبغي ترك المشاورة، ولا يدخله عيب ولا استنكاف»(٦٠).

قلت: ويظهر من كلام القرافي – رحمه الله – اختلاف المالكية في مشاورة القاضي المجتهد للعلماء، وأنهم لا يرون خلافاً في مشاورة القاضي المقلد للعلماء، بل جعلوا التقليد شرطاً للمشاورة.

---

(٥٨) المبسوط (١٦/ ٧٢).
(٥٩) بدائع الصنائع (٧/ ١٢)، درر الحكام، بمنلا خسرو (٨/ ٣٧٦).
(٦٠) (١٠/ ٧٥).

وقال الطرابلسي: «لا يقضي القاضي إلا بحضرة أهل العلم ومشورتهم. قال بعضهم: إلا أن يخاف المضرة في جلوسهم ويشتغل قلبه بهم، وبالحذر منهم حتى يكون ذلك نقصانًا في فهمه، فأحب أن لا يجلسوا إليه. وقال بعض الفضلاء: لا ينبغي للقاضي أن يكون معه في مجلسه من يشغله عن النظر، كانوا أهل فقه أو غيرهم، ولكن إذا ارتفع عن مجلس القضاء شاور»(٦١)، ويتضح لنا من كلام علماء الحنفية و بعض المالكية أن المشاورة لازمة للقاضي، لكن لا تكون في أثناء الترافع بين الخصوم، بل تكون في غير مجلس القضاء، وأن لا يحضرها الناس لكي لا يؤثر ذلك في عمل القاضي، والخلاف في مذهب المالكية في هذه المسألة ظاهر.

والقول الثاني: ويمثله بعض المالكية والشافعية والحنابلة، وذهبوا فيه إلى أن الشورى القضائية غير لازمة(٦٢).

من أقوال فقهاء المذهب الشافعي:

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «أحب للقاضي أن يشاور، ولا يشاور في أمره إلا عالمًا بكتاب وسنة وآثار وأقاويل وعاقلاً يعرف القياس»(٦٣).

ويقول أيضًا: «وإنما أمرته بالمشورة، لأن المشير ينبهه لما يغفل عنه، ويدله من الأخبار على ما لعلَّه أن يجهله، فأما أن يقلد مشيرًا، فلم يجعل الله هذا لأحد بعد رسول الله ﷺ»(٦٤).

قلت: فالقاضي يستعين بأهل الشورى فيما خفي عليه، ويستظهر بهم طرائق

---

(٦١) معين الحكام (١/٥٦).

(٦٢) انظر: الأم (٦/٢٠٣)، الذخيرة (١٠/٧٥)، شرح منتهى الإرادات (٣/٤٩٩)، ويراد بغير اللزوم، أنها مباحة وغير مطلوبة على سبيل الاستحباب.

(٦٣) الأم (٦/٢٠٣).

(٦٤) المصدر نفسه (٦/٢٠٣).

الاجتهاد، فيحكم باجتهاده دون اجتهادهم.

ويقول ابن قدامة ـ رحمه الله ـ: «يستحب أن يحضر مجلسَ القاضي أهلُ العلم من كل مذهب، حتى إذا حدثت حادثة يفتقر إلى أن يسألهم عنها، سألهم ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها فإنه أسرع لاجتهاده وأقرب لصوابه، فإن حكم باجتهاده فليس لأحد منهم أن يرد عليه، وإن خالف اجتهاده؛ لأن فيه افتياتاً عليه إلا أن يحكم بما يخالف نصًا أو إجماعًا(٦٥).

فالشورى عند ابن قدامة شورى حرة غير مقننة أو محددة بمذهب معين، بل هي شاملة لجميع المذاهب، كما أن الشورى القضائية لديه غير ملزمة للقاضي، إلا إذا أدى التشاور الجماعي بين العلماء إلى إجماع، فحينئذٍ تصبح هذه الشورى الجماعية المجمع عليها ملزمة للقاضي ولا يجوز له مخالفتها.

والراجح في هذا القسم ـ والعلم عند الله ـ: أن الشورى القضائية مستحبة ومندوبة للقاضي، ولكنها غير لازمة له، وذلك في المسائل التي لم تشكل عليه واستطاع باجتهاده أن يصدر فيها حكمًا شرعيًا، ولم يخالف في ذلك نصاً، أو إجماعاً أو قياساً جلياً ولم يتوقف على المشاورة، فليس لأهل الشورى إذا خالفوه في حكمه أن يعارضوه فيه ولا يمنعوه إذا كان مسوغاً في الاجتهاد.

أما المسائل التي توقف فيها اجتهاده وأشكلت عليه فيجب عليه أن يشاور العلماء فيها، وتكون لازمة للقاضي لأنه لا يجوز له أن يعتذر أو يمتنع عن الفصل في قضية ما بحجة أنه لا يجد لها حكمًا في الكتاب أو السنة أو آراء الفقهاء أو المجتهدين؛ لأن هذا الامتناع يعتبر إنكارا للعدالة وتعطيلاً للشريعة، وتضييعاً لحقوق الآدميين، وتحرمه شريعتنا وتعاقب عليه

---

(٦٥) **المغني، ابن قدامة (١٠/١٠١) شرح منتهى الإرادات(٣/٤٩٩) ،مطالب أولي النهي (٦/ ٤٧٨).**

القوانين(٦٦).

وما نراه اليوم من تخبط في الأحكام القضائية بسبب عدم قدرة بعض القضاة على الاجتهاد وقلة مخزونهم الفقهي، وعدم استطاعتهم في تكييف المسائل تكييفاً فقهياً صحيحاً، خصوصاً المبتدئين منهم، جعل الأمر ملحاً إلى تفعيل هيئة الشورى القضائية، ويكون ذلك عن طريق إنشاء دور للشورى القضائية بالمحاكم، تضم نخبة من القضاة والفقهاء المشهود لهم بالعلم والكفاءة، بحيث يرجع إليهم في تقرير الأحكام، وذلك مع غياب المجتهد المطلق وتعذر الإجماع وتطور العصر ونشوء قضايا معاصرة تحتاج إلى معالجة وتقنين نظمها و تشريعاتها، وأرى أن ما كان يراه سلف هذه الأمة - رحمهم الله تعالى - من استحباب للشورى القضائية أضحى اليوم أمراً لازماً ومن الأهمية بمكان، كما أن اتخاذ دور للشورى القضائية فيه رد على من ينادي بتقنين الأحكام فتأمل!(٦٧).

وحجية الشورى القضائية في وجهة نظري أنها ليست بمثابة حجية الإجماع بالمعنى الأصولي - بحيث تكون قطعية، ولكنها ظنية يكون اتباعها أولى من غيرها لقربها للصواب.

كما نرجح أن تكون الشورى القضائية في غير مجلس القضاء، وذلك لكي لا ينشغل القاضي بهم، ولكيلا يعلم الخصوم ما يدور بين القاضي وبين من يشاوره، وما يعزم عليه رأيه. فمتى كانت المشورة بمحضر من الخصمين، فإذا أشار إنسان على القاضي بشيء يقف عليه الخصم، اشتغل بالحيلة والتلبيس(٦٨).

---

(٦٦) انظر: أدب القاضي، الماوردي (٢٦١) فقه الشورى والاستشارة، الشاولي (٢٧٤) خصائص الشورى، البوطي(٦٢٣)، وقد نصت المادة (٩٣) من نظام المرافعات على: أنه لا يجوز للقاضي الامتناع من القضاء في قضية معروفة، إلا إذا كان ممنوعاً من نظر الدعوى أو قام به سبب للرد.

(٦٧) فالأحكام على فرض صحة تقنينها، تحتاج كذلك إلى شورى، لأن الأحكام لم تسطر حسب الحوادث، وإنما توضع أحكاماً عامة، وتحتاج في تنزيلها على الحوادث إلى رؤية كذلك.

(٦٨) شرح أدب القاضي للخصاف، الصدر الشهيد (٣٦٥).

وخلاصة القول: أن الحكم المبني على الشورى القضائية له وجاهته وقوته مظنة السلامة من الأخطاء التي قد تقع في حالة الاجتهاد الفردي، وبما أن الرجوع لأهل الخبرة معتبر كما قررته الشريعة، فكذلك الرجوع لأهل العلم في تقدير الأحكام وإنزالها على الوقائع معتبر أيضاً، فالأخذ برأي أهل العلم مطلوب، خصوصاً في المسائل التي تبنى أحكامها على أسس تغير الزمان والمكان أو على العرف والمصلحة.

المطلب الثاني: علاقة الشورى القضائية بتعدد القضاة

قبل بيان حكم هذه المسألة لابد أن نشير إلى أن مفهوم تعدد القضاة له صورتان، هما:

١- تعدد القضاة في البلد الواحد دون التعدد في القضية الواحدة، بحيث يختص كل منهم بنوع معين من الأقضية، فهذا محل اتفاق بين العلماء - رحمهم الله تعالى(٦٩).

يقول ابن قدامة: «ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل، فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي . . ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد يجعل لكل واحد عملاً(٧٠).

وجاء في (منح الجليل): «وجاز تعدد قاض مستقل - بضم الميم وكسر القاف - عام أي منفرد كل قاض بالحكم في جميع مملكة الإمام الذي ولاه و جميع أنواع المعاملات، أو تعدد مستقل خاص بناحية أي جهة من مملكة من ولاه، أو تعدد مستقل خاص بنوع من أنواع الفقه كالنكاح أو البيع»(٧١).

٢- إشراك قاضيين أو أكثر في النظر في قضية واحدة وليس لواحد منهم الانفراد بالحكم دون البقية.

---

(٦٩) انظر: التاج والإكليل، ابن المواق (٦/١١٠)، مغني المحتاج (٤/٣٧٩) الإنصاف،المرداوي (١١/١٦٨).

(٧٠) المغني (١٠/١٣٥).

(٧١) (٨/٢٨٠- ٢٨١).

وهذا النوع هو عبارة عن شورى قضائية، لأن القضاة يتشاورون في القضية الواحدة التي يختصون فيها ثم يبدون آراءهم حولها.

وهذا القسم قد وقع فيه الخلاف بين الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على رأيين.

الرأي الأول: لم يجز تعدد القضاء، خوفًا من أن يكون في ذلك زعزعة لثقة الجمهور في شخص القاضي واستقلاله (٧٢)، وإلى هذا ذهب الباجي وابن شعبان من المالكية(٧٣)، وبعض فقهاء الشافعية(٧٤)، والمذهب عن الحنابلة(٧٥).

يقول الخرشي: «ومفهوم قوله: (مستقل) أنه لا يجوز للخليفة أن يولي قاضيين مشتركين في قضية واحدة يتوقف حكم كل منهما فيها على رضا صاحبه، لقول ابن شعبان: لا يكون الحاكم نصف حاكم»(٧٦). وجاء في (منح الجليل): «وتعددهما بشرط وقف نفوذ حكمهما على اتفاقهما منعه ابن شعبان، وقال: لا يكون الحاكم، نصف حاكم وغلا فيه الباجي فادعى الإجماع على منعه»(٧٧).

ويقول المرداوي: «يجوز أن يولي قاضيين أو أكثر في بلد واحد ويجعل إلى كل واحد منهما عملاً، فيجعل إلى أحدهما الحكم بين الناس، وإلى الآخر عقود الأنكحة دون غيرها، وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به أكثرهم»(٧٨)، ولعل السبب في المنع عندهم هو ما ذكره ابن عرفة بقوله: «إن المانع من التعدد إنما هو خوف تناقضهما، ولا يتصور إضافة الحكم إليهما إلا مع اتفاقهما، فيجب حينئذ إمضاؤه لانتفاء

---

(٧٢) انظر: فقه الشورى، الشاولي (٢٧٥).
(٧٣) انظر: مواهب الجليل، الحطاب (٦/٩٣) منح الجليل، عليش (٨/٢٨٢).
(٧٤) انظر مغني المحتاج (٤ /٣٧٩)، حاشية البجيرمي (٤/٤٦٧).
(٧٥) انظر: الإنصاف - المرداوي (١١ /١٦٨).
(٧٦) شرح مختصر خليل، الخرشي (٧/١٤٤).
(٧٧) منح الجليل (٨/٢٨١).
(٧٨) الإنصاف (١١ /١٦٨).

علة المنع»(٧٩).

كما وجه ابن رشد إلى أن منع تعددهما إنما هو معلل بأنه مظنة لاختلافهما، لا بعين اختلافهما والتعليل بالمظنة لا يبطل بانتفاء مظنونهما في بعض الصور على ما ذكره الأصوليون (٨٠). كما استدل الباجي على منعه بالإجماع وبتأديته إلى تعطيل الأحكام لاختلاف المذاهب(٨١).

أدلة القول الأول:

أن أدلة هذا الفريق يمكن إجمالها في:

١- أن تعدد القضاة قد يحدث تناقضا، كما أنه لا يتصور إضافة الحكم لهما مع هذا التناقض.

٢- أن تعدد القضاة في قضية واحدة يؤدي إلى تعطيل الأحكام لما يقع بينهم من الاختلاف.

٣- أن الحاكم لا يصح أن يكون نصف حاكم.

٤- أن النبي ﷺ لم يؤثر عنه أنه أشرك قاضيين في قضية واحدة، بل المعهود عنه ﷺ هو أن يخص كل قاض بعمل مخالف للقاضي الآخر(٨٢).

ونشير إلى أمر مهم هو: أن منع الباجي وابن شعبان إنما هو في تولية قاضيين ولاية مطلقة، لا في مسألة جزئية(٨٣).

ومما يدل على ذلك ما ذكره أبو الوليد أنه ولي في بعض بلاد الأندلس ثلاثة قضاة على

---

(٧٩) شرح حدود ابن عرفة (٢/٣٩٣).
(٨٠) انظر: منح الجليل (٨/٢٨٢).
(٨١) انظر: المصدر نفسه (٨/٢٨٢).
(٨٢) انظر: المنتقى، الباجي (٥/١٨٣)، تبصرة الحكام (١/٢٣).
(٨٣) انظر: منح الجليل (٢/٢٨٢).

هذه الصفة - أي في قضية واحدة - ولم ينكرها من كان بذلك البلد من الفقهاء(٨٤).

مناقشة أدلة الرأي الأول:

استدلالهم بأنه لا يجوز أن يكون الحاكم نصف حاكم، وذلك عندما يشترك قاضيان في قضية واحدة، فهذا الأمر قد وقع وفعله علي ومعاوية رضي الله عنهما في تحكيمهما أبا موسى وعمرو بن العاص رضي الله عنهما(٨٥). وأما بالنسبة لكون تعدد القضاة قد يحدث التناقض في حالة عدم اتفاقهما، فهذا يمكن حله بجعل عدد القضاة فردياً كثلاثة، وبالتالي يترجح رأيان على الرأي الواحد وينتفي التناقض.

يقول الرملي: «وأما إذا فوض إليهما معًا الحكم في قضية واحدة فلاشك في الجواز، فإن اتفقا على حكم فذاك، وإن لا فيرفعانها إلى من ولاهما»(٨٦).

٢- وأما كون تعدد القضاء في قضية واحدة يؤدي إلى تعطيل الأحكام، وذلك بسبب ما يقع بينهم من الاختلاف، وخاصة إذا كانا عضوين(٨٧)؛ فكل قاض يحكم باجتهاده ولا يحق للآخر إيقافه أو الاعتراض عليه، كما أن الحكم إذا استند إلى رأي ونظر الجماعة فهو أقرب إلى الصواب من الذي يستند إلى رأي الفرد، فمناقشة القضاة بعضهم بعضاً تبرز أمورًا خفية، وتجلّي مسائل غامضة، وهذا مما يكون لها تأثير واضح في إصدار الحكم.

٣- وأما استدلالهم بأنه لم يؤثر عن النبي ﷺ أنه أشرك قاضين فأكثر في قضية واحدة.

فإن عدم الوقوع لا يدل على عدم الجواز، في حين أن المتتبع للآثار والسنن يجد نظائر تدل على الوقوع، فلقد كان هدي الصحابة رضوان الله عليهم إذا ظهرت مسألة لم يجدوا

---

(٨٤) انظر: المصدر نفسه (٢/ ٢٨٢).

(٨٥) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي (٧/ ١٤٤).

(٨٦) حاشية الرملي (٤/ ٢٨٧). فالتحكيم يأخذ سلطة القضاء إذا كان المحكم مفوضاً من القاضي، وهذه القضية خلافية: هل الحكم حكم فصل أم لا والأولى أنه إذا كان مفوضاً من القاضي فإن حكمه يكون نافذاً.

(٨٧) أما إذا كان عدد الأعضاء ثلاثة أو خمسة فمن الممكن أن يفصل في القضية برأي الأغلب.

فيها حكمًا لله ولا رسوله جمعوا لها وتشاوروا حتى يصلوا إلى الحكم المناسب(٨٨).

أما الرأي الثاني: فيرون جواز تعدد القضاة في النظر في قضية واحدة، وإلى هذا ذهب الحنفية(٨٩). وهو قول عند المالكية(٩٠)، والراجح عند الشافعية وقول عند الحنابلة(٩١).

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أولاً: من كتاب قوله تعالى:

(أ) ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ۝٩٥﴾(٩٢).

وجه الاستدلال من هذه الآية: يقول الجصاص: - رحمه الله - في أحكام هذه الآية: «فهذا يدل على أن حكم الحكَمين في ذلك عن طريق الاجتهاد، ألا ترى أن عمر وابن عباس وابن عمر والقاسم وسالمًا، كل واحد منهما سأل صاحبه عن اجتهاده في المقدار الواجب فلما اتفق رأيهما على شيء حكما به، وهذا يدل على جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث»(٩٣).

ويقول ابن العربي - رحمه الله - في تفسيره هذه الآية. «وهو أيضًا دليل على أنه يجوز أن يتولى فصلَ القضاء رجلان»(٩٤).

(ب) وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ۝٣٥﴾(٩٥).

---

(٨٨) انظر الاختصاص القضائي. أستاذنا د. ناصر الغامدي (٤٤٥).
(٨٩) انظر: الفتاوي الهندية (٣/٣١٧).
(٩٠) انظر: مواهب الجليل (٦/٩٣)، منح الجليل (٨/٢٨١)، التاج والإكليل (٦/١١٠).
(٩١) انظر: مغني المحتاج (٤/ ٣٧٩)، أسنى المطالب (٥/٣٤٠)، الإنصاف (١١/١٦٨).
(٩٢) سورة المائدة، الآية (٩٥).
(٩٣) أحكام القرآن (٤ / ٣٨).
(٩٤) أحكام القرآن (٢/١٨٥).
(٩٥) سورة النساء الآية (٣٥).

يقول الشوكاني رحمه الله ـ: «وهذا النص من الله سبحانه أنهما قاضيان، لا وكيلان ولا شاهدان»(٩٦).

ثانيًا: اتفاق الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ على أن حُكْم الحكَمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجين، وكذلك حكم المحكم في التحكيم تدخل في القضاء(٩٧).

ثالثاً: واستدلوا على جواز التعدد بالقياس على جواز تولية الواحد لبقاء حكم الإمام معه(٩٨)، وكذلك بالقياس على الوكالة والوصية، فكما أنه يجوز تعدد الوكلاء والأوصياء في أمر واحد، فكذلك يجوز تعدد القضاة في قضية واحدة، لأنهم نواب عن الإمام في القضاء بين الناس(٩٩).

رابعًا: أن المتتبع لآثار الصحابة يجد أنهم قد أشركوا قاضيين في قضية واحدة، فقد حكَّم علي ومعاوية رضي الله عنهما أبا موسى وعمرو بن العاص ـ رضي الله عنهما(١٠٠).

مناقشة أدلة القول الثاني:

(أ) بالنسبة للاستدلال بقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ (٩٥)﴾ (١٠١)، وبقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (٣٥)﴾(١٠٢).

فتناقش من وجوه:

---

(٩٦) فتح القدير (١/٤٦٣).

(٩٧) انظر: مواهب الجليل، الحطاب (٦/٨٦)، منح الجليل (٨/٢٧٥).

(٩٨) انظر منح الجليل (٨/٢٨١).

(٩٩) انظر: الاختصاص القضائي لأستاذنا د. ناصر الغامدي (٤٤٢).

(١٠٠) انظر: حاشية الدسوقي (٤/١٣٤)، منح الجليل (٨/٢٨١)، الخرشي على مختصر خليل (٧/١٤٤).

(١٠١) سورة المائدة، الآية (٩٥).

(١٠٢) سورة النساء، الآية (٣٥).

الوجه الأول: أن حكم الآيتين يتعلق بالتحاكم إلى اثنين، وليس له تعلق بالقضاء، كما أن هنالك فرقاً بين القاضيين والمحكّمين فإنه في اجتماع المحكمين، على الحكم لا يلحق المحكوم عليه ضرر بخلاف القاضيين، لأن حكمهما لازم. يقول ابن حجر الهيتمي: «فإن قلت يجوز التحاكم إلى اثنين، فلا ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا، ولا يجوز تولية قاضيين بشرط اجتماعهما على الحكم، وهذا يقتضي تميز المحكم، قلت: لا يقتضيه، لأن ذلك إنما امتنع في القاضيين دون المحكمين، لنحو ما تقرر من اجتماعهما على الحكم، ولا يلحق المحكوم عليه منه ضرر؛ لأنه بسبيل من عزلهما قبل تمام الحكم، بخلاف القاضيين، فإننا لو جوزنا اجتماعهما فإنهما ملزمان، وقد يختلف رأي كل أو رأي مقلده، ومع ذلك لا يمكن إبراز الحكمين أو أحدهما دون الآخر، فيؤدي ذلك إلى تعطيل الأحكام والإضرار بالمدعين، وكأن هذا الفرق هو الذي أشار إليه ابن الرفعة بقوله: يجوز أن يتحاكما إلى اثنين، فيجتمعان لا توليه قاضيين يجتمعان لظهور الفرق»(١٠٣).

ورد هذا بأن اتفاق الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ قائم على أن حكم المحكمين في جزاء الصيد وفي الشقاق داخل في القضاء(١٠٤).

كما أن ابن العربي ـ رحمه الله ـ ذكر في تفسيره الآية الشقاق: «هذا نص من الله سبحانه وتعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بيَّن الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذٍّ – فكيف لعالم – أن يركِّب معنى أحدهما على الآخر؟ فذلك تلبيس وإفساد للأحكام»(١٠٥).

قلت: والقول باتفاق الفقهاء – رحمهم الله – غير دقيق، بدليل أن بعض الفقهاء يراهما وكيلين، فلا محل للاتفاق هنا.

---

(١٠٣) الفتاوي الفقهية الكبرى (٤/٢٩٠).

(١٠٤) انظر: منح الجليل (٨/٢٧٥).

الوجه الثاني: أن اختلاف اجتهاد القاضيين يوجب توقف الأحكام بينهما(١٠٦).

الوجه الثالث: ان الاشتراك في الحكم لم يأت إلا في مسألة جزاء الصيد، وذلك لأجل أنها عبادة لا خصومة فيها، فإن اتفقا لزم الحكم، وإن اختلفا نظر في غيرهما، بدليل أنه لما بُعث معاذ وأبو موسى إلى اليمن، كان كل واحد منهما على مخلاف(١٠٧)، وكذلك بعث أنيسًا إلى المرأة المرجومة(١٠٨).

ورُدَّ هذان الوجهان بأن اختلاف القاضيين لا يؤدي إلى توقف الأحكام إذا كان عدد القضاة فردياً: ثلاثة أو خمسة، بل يزيد الحكم قوة وعدالة، هذا إذا سُلّم أن هنالك توقفاً. وعند اختلاف الثلاثة كل برأي يضاف لهم مرجح.

كما أن قضية الإشراك في الحكم كانت سائغة في عصر الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ ولم تكن محصورة في عبادة لا خصومة فيها، فلقد روي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: بُعثت أنا ومعاوية حكمين، فقيل لنا: إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، قال معمر: وبلغني أن الذي بعثهما عثمان(١٠٩).

---

(١٠٥) أحكام القرآن (١/٥٣٩). ونشير هنا إلى أن العلماء ـ رحمهم الله ـ قد اختلفوا هل الحكمان حاكمان، أم أنها مجرد وكيلين؟ على قولين: أحدهما: أنهما وكيلان، وهو قول أبي حنيفة والشافعي في قول وأحمد في رواية. والثاني: أنهما حاكمان، وهذا قول أهل المدينة ومالك وأحمد في الرواية الأخرى والشافعي في القول الآخر.

انظر أحكام القرآن، الجصاص (٣/١٥٤)، بداية المجتهد، ابن رشد (٢/٧٤)، أحكام القرآن. ابن العربي (١/٥٣٨)، الأم (٥/١١٦) مغني المحتاج (٣/٢٦٣) شرح منتهى الإرادات (٣/٩٥) زاد المعاد (٥/١٩٠).

(١٠٦) انظر: منح الجليل (٨/٢٨١).

(١٠٧) بكسر الميم وسكون المعجمة وآخره فاء، هو بلغة أهل اليمن: الكورة والإقليم، واستعمل فلان على مخاليف الطائف: أي الأطراف والنواحي أنظر: تهذيب اللغة، الأزهري (٧ / ١٧٥) ؛ الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، الأزهري (١ / ٢٩٩)، مشارق الأنوار، القاضي عياض (١/ ٣٩٥)، تهذيب المدونة، القيرواني (١ / ٧٩).

(١٠٨) أحكام القرآن، ابن العربي (٢/١٨٦).

(١٠٩) انظر: سنن البيهقي (٧/٣٠٦)، حديث (١٤٥٦٣)، مصنف عبد الرزاق (٦/٥١٢)، الحديث (١١٨٨٥)، جامع الحديث، السيوطي (١٥/١٨٠).

(ب) ونوقش الاستدلال بقوله تعالى: «وداوود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذا نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين»(١١٠)، أن هذه الالآية خارجة عن محل النزاع، لأن هذه المسألة كان حكمها بالوحي ولم يكن بالاجتهاد.

ورد عليه: أن حكم هذه الالآية كان بالاجتهاد، فقد ورد في الالآية قرينتان تدلان على أن حكمهما كان باجتهاد لا بوحي:

القرينة الأولى: أن قوله تعالى: ﴿إِذْ يَحْكُمَانِ ۝٧٨﴾(١١١) دل على أنهما حكما فيها معاً، كل منهما بحكم مخالف لحكم الآخر، ولو كان وحياً لما ساغ الخلاف(١١٢).

أما القرينة الثانية: فإن قوله تعالى «ففهمناها سليمان»(١١٣)، دل على أنه لم يفهمها داوود، ولو كان حكمه فيها بوحي لكان مفهماً إياها وأصاب فيها سليمان دون داوود(١١٤).

ويقول الآمدي - رحمه الله -: «ومايذكر بالتفهيم إنما يكون بالاجتهاد لا بطريق الوحي»(١١٥).

(ج) ونوقش استدلال أصحاب الرأي الثاني بقياس مسألة تعدد القضاة على مسألة توليه الواحد، لعلة بقاء حكم الإمام معه.

أن هذا قياس مع الفارق؛ لأنه عند اختلاف الإمام مع القاضي، يُرفع التنازع القائم بعزل الإمام للقاضي أما عند اختلاف القاضيين فلا يستطيع أحد القاضيين عزل

---

(١١٠) سورة الأنبياء، الآية (٧٨).
(١١١) سورة الأنبياء، الآية (٧٨)
(١١٢) انظر: أضواء البيان، الشنقيطي (٤/ ١٧٠).
(١١٣) سورة الانبياء، الآية (٧٨).
(١١٤) انظر: المصدر السابق (٤/ ١٧٠).
(١١٥) إحكام الأحكام، الآمدي (٤/ ١٧٣).

الآخر(١١٦).

والذي نرجحه في هذه المسألة هو القول بجواز تعدد القضاة في القضية الواحدة، وهو نوع من الشورى القضائية، وذلك للأسباب التالية:

١- أنه يحقق ضمانة من ضمانات العدالة، ولاسيما في هذا العصر الذي ضعفت فيه الضمائر، وكثر فيه التحايل، وتنوعت وسائله، فيحتاج إلى تعدد القضاة لزيادة التعمق في دراسة القضايا ومناقشتها مناقشة جماعية دقيقة وفاحصة، وينظر في الموضوع في جميع جوانبه، فيصدر الحكم جماعيًا، وهذا أقرب للحق من حكم الانفراد.

٢- أن القول بتعدد القضاة يتفق مع عصرنا الحاضر الذي تعذر فيه القاضي المجتهد.

٣- أن الضرورة والحاجة والمصلحة داعية إلى تعدد القضاة، وذلك كأن يكون هنالك تهمة أو ريبة لا ترتفع إلا بقضاء اثنين فأكثر.

يقول عليش في (منح الجليل): «إنه لا يقوم على المنع دليل إن اقتضى ذلك مصلحة، ودعت إليه ضرورة في نازلة رأي الإمام أن لا ترتفع التهمة والريبة إلا بقضاء رجلين فيها، فإن اختلف نظرهما فيها استظهر بغيرها»(١١٧).

وجملة القول: فتعدد القضاة في النظر في القضية الواحدة هو جزء من الشورى القضائية الملزمة.

التطبيق الجاري في القضاء السعودي:

وقد أخذت الأنظمة الجزائية في المملكة العربية السعودية بمبدأ تعدد القضاة «الشورى الملزمة»، فقد نص النظام على:

---

(١١٦) انظر: منح الجليل (٨/ ٢٨١).

(١١٧) المصدر نفسه (٨/ ٢٨٢).

تشكيل كل دائرة من دوائر قضايا الأحداث بالمحكمة الجزائية من ثلاثة قضاة، باستثناء القضايا التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء، فينظرها قاضٍ فرد(١١٨).

وفي محاكم الاستئناف: تصدر الأحكام من ثلاثة قضاة، باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في قضايا القتل والقطع والرجم والقصاص في النفس أو فيما دونها، فتصدر الأحكام فيها من خمسة قضاة(١١٩).

وأما المحكمة العليا فإنها تباشر اختصاصاتها المتمثلة في مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف بثلاثة قضاة، باستثناء الأحكام الصادرة بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها، فإن تدقيقها يكون من خمسة قضاة(١٢٠).

ونص نظام الإجراءات الجزائية في المادة الثامنة على: أنه على أعضاء المحكمة أن يتداولوا الرأي سراً ويناقشوا الحكم قبل إصداره، وأن يبدي كل منهم رأيه في ذلك. وتصدر الأحكام بالإجماع أو الأغلبية. وعلى المخالف أن يوضح مخالفته وأسبابها في ضبط القضية، وعلى الأكثرية أن توضح وجهة نظرها في الرد على مخالف المخالف في سجل الضبط، ولا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين استمعوا إلى المرافعة(١٢١).

كما نص نظام الإجراءات أيضاً على مبدأ تعدد القضاة، وأنه لابد من حضور العدد اللازم نظاماً للقضية، فقد نصت المادة السابعة: على أنه يجب أن يحضر جلساتِ النظر

---

(١١٨) انظر: المادة (٢٠) من نظام القضاء.

(١١٩) انظر: المادة (١٥) من نظام القضاء.

(١٢٠) انظر: المادة (١٠) من نظام القضاء.

(١٢١) انظر: المادة (٨) من نظام الإجراءات الجزائية.

في القضية وجلسة إصدار الحكم العددُ اللازم نظاماً من القضاة، وإذا لم يتوافر العدد اللازم فيندب من يكمل نصاب النظر(١٢٢).

وفي ديوان المظالم نص النظام على:

أن مجلس القضاء الإداري يشكل من سبعة أعضاء(١٢٣).

كما أن دوائر المحكمة الإدارية العليا، ودوائر محاكم الاستئناف تشكل من ثلاثة قضاة(١٢٤).

وكذلك دوائر المحاكم الإدارية تكون من ثلاثة قضاة، ويجوز أن تكون من قاض واحد(١٢٥).

وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأي غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كأن يراه اثنان منهما، وإذا اختلفت الدوائر والمحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم بالأغلبية لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين(١٢٦).

وخلاصة القول: أن الأنظمة في المملكة العربية السعودية قد أخذت بمبدأ تعدد القضاة، وأنه في حالة تعدد القضاة تكون المداولة في الأحكام سرية كما جاء في المادة(١٥٦) من نظام المرافعات، وكذلك الأحكام تصدر بالإجماع أو الأغلبية، وفي حالة عدم توافر الأغلبية أو تشعُّب الآراء فيندب حينها وزير العدل أحد القضاة لترجيح أحد الآراء حتى تحصل الأغلبية في الحكم كما جاء في المادة(١٦١) من نظام المرافعات الشرعية.

---

(١٢٢) انظر: المادة (٧) من نظام الإجراءات الجزائية.
(١٢٣) انظر: المادة (٤) من نظام ديوان المظالم.
(١٢٤) انظر: المادة (٩) من نظام ديوان المظالم.
(١٢٥) انظر: المادة (٩) من نظام ديوان المظالم
(١٢٦) التشريع الجنائي، عبد القادر عودة (١/١٩٩).

المطلب الثالث: مجالات الشورى القضائية

هناك صور ونماذج عديدة للشورى القضائية منثورة في كتب الفقه والتاريخ والسير تدل على اعتماد الرعيل الأول من الصحابة و التابعين على الشورى في شؤون القضاء.

وإذا تتبعنا هذه المجالات فإننا نجدها تتسع لتشمل مجالات كثيرة، فمنها ما هو متعلق بالمعاملات، ومنها ما هو متعلق بالأنكحة، ومنها ما هو متعلق بالجنايات، والمواريث وغيرها.

فقد روى البيهقي والدارمي عن ميمون بن مهران قال: «كان أبو بكر إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى، فإن وجد ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ﷺ، فإن علمها قضى بها، فإن أعياه ذلك خرج فسأل الناس: هل علمتم أن رسول الله قضى فيه بقضاء؟ فربما قام إليه القوم، فيقولون: قضى فيه رسول الله بكذا وكذا، فيأخذ بقضاء رسول الله ويقول عند ذلك: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإذا لم يجد سنة سنها النبي ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به(١٢٧).

ويقول ابن القيم ـ رحمه الله: «كانت النازلة إذا نزلت بأمير المؤمنين عمر بن الخطاب ليس عنده فيها نص عن الله ولا عن رسوله، جمع لها أصحاب رسول الله، ثم جعلها شورى بينهم»(١٢٨). وقد روى البيهقي في سننه أن عثمان رضي الله عنه كان إذا جلس على المقاعد جاءه الخصمان فقال لأحدهما: اذهب ادع عليًا، وقال للآخر: اذهب فادع طلحة والزبير ونفرًا من أصحاب النبي ﷺ ثم يقول لهما: تكلما. ثم يقبل على القوم:

---

(١٢٧) سنن البيهقي (١٠/١١٤)، حديث (٢٠١٢٨).
(١٢٨) أعلام الموقعين (١/٨٤).

ما تقولون؟ فإن قالوا ما يوافق رأيه أمضاه، وإن لا نظر فيه بعد فيقومان وقد سلما»(١٢٩).

ومن أبرز تلك النماذج، ما يلي:

١- ما ورد في (أخبار القضاة) لوكيع، عن ابن ماجدة السهمي قال: قاتلت رجلاً، فقطعت بعض أذنه، فقدم أبو بكر حاجًا، فرفع شأننا إليه، فقال لعمر: انظر: هل بلغ أن يقتص منه، فقال عمر: نعم، عليَّ بالحجام، فلما ذكر الحجام قال أبوبكر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إني وهبت لخالتي غلامًا أرجو ان يبارك لها فيه. وإني نهيتها أن تجعله حجاماً أو قصاباً أو صائغاً)(١٣٠).

٢- عندما طلق حبان بن منقذ امراته وهو صحيح، وهي ترضع ابنته، فمكثت سبعة عشر شهرًا لا تحيض، يمنعها الرضاع أن تحيض، ثم مرض حبان بعد أن طلقها بسبعة أشهر أو ثمانية، فقيل له: إن امراتك ترث. فقال لأهله: احملوني إلى عثمان فحملوه إليه، فذكر له شأن امرأته، وعنده علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت، فقال لهما عثمان: ما تريان؟ فقالا: نرى أنها ترثه إن مات، ويرثها إن ماتت، فإنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض، وليست من الأبكار اللاتي لم يبلغن المحيض، ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثير فرجع حبان إلى أهله، فأخذ ابنته، فلما فقدت الرضاع حاضت حيضة ثم حاضت حيضة أخرى، ثم توفي حبان قبل أن تحيض الثالثة، فاعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وورثته(١٣١).

٣- ما روي أنه جاءت امرأة إلى علي رضي الله عنه، قد طلقها زوجها، فادعت أنها

---

(١٢٩) البيهقي (١٠/١١٢). حديث (٢٠١١٣).

(١٣٠) أخبار القضاة، وكيع (١/١٠٢).

(١٣١) انظر: سنن البيهقي (٧/٤١٩)، حديث (١٥١٨٧)، معرفة السنن والآثار، البيهقي (٦/٣٣)، حديث (٤٦٢٠)، الدر المنثور، السيوطي (١/٦٥٩)، كنز العمال (٥/٣٢٩)، حديث (١٤٥٠٦) جامع الأحاديث، السيوطي (١٥/٤٤٢). الشورى في عهد الخلفاء، البوطي (١٥٦).

حاضت ثلاث حيض في شهر، فقال علي لشريح: قل فيها، أي اذكر ما تراه فيها. فقال شريح: إن جاءت ببينة ممن يُرضْي دينه وأمانته من بطانة أهلها أنها حاضت في شهر ثلاثًا، طهرت عند كل قرء وصلّت، فهي صادقة، وإن لا فهي كاذبة فقال علي: أصبت(١٣٢).

٤- ما روى الطبراني عن سالم بن عبد الله وأبان، يذكرون أن عثمان بن عفان أتي برجل قد فجر بغلام من قريش معروف النسب، فقال عثمان: ويحكم، أين الشهود أُحصِن؟ قالوا: قد تزوج بامرأة ولم يدخل بها بعد. فاستشار عليًا، فقال له: لو دخل بها لحلّ عليه الرجم، فأما إذا لم يدخل بأهله فاجلده الحدّ. فقال أبو أيوب: أشهد أني سمعت رسول الله ﷺ يقول الذي ذكر أبو الحسن، فأمر به عثمان فجلد مائة(١٣٣).

٥- ما جاء في (كنز العمال)، عن محمد بن المنكدر:

«أن خالد بن الوليد كتب إلى أبي بكر الصديق أنه وجد رجلاً في بعض ضواحي العرب يُنكح كما تنكح المرأة، وأن أبا بكر جمع لذلك ناسًا من أصحاب رسول الله ﷺ، كان فيهم علي بن أبي طالب أشدهم يومئذ قولاً، فقال: إن هذا ذنبٌ لم تعمل به أمة من الأمم إلا أمة واحدة، فصنع بها ما قد علمتم، أرى أن تحرِّقوه بالنار. فكتب إليه أبو بكر أن يحُرق بالنار»(١٣٤)، وغيرها من النماذج والصور التي تدل على وجود الشورى القضائية في عهد الخلافة الراشدة وكذلك في عصر التابعين، فقد كان عهد عمر بن عبد العزيز عهد العلماء والفقهاء، فإنه كان يشاورهم، ويمضي الأمور والأحكام برأيهم، وكان لهم شأن رفيع.

---

(١٣٢) أخرجه البخاري (١/١٢٣)، حديث (٣١٨).

(١٣٣) انظر: المعجم الكبير، الطبراني (٤/١٣٢)، حديث (٣٨٩٧)، نصب الراية، الزيلعي (٣/٣٤١) الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر (٢/١٠٣) مجمع الزوائد، الهيثمي (٦/٢٧٢).

(١٣٤) كنز العمال (٥/١٧٥)، حديث (١٣٦٤٣).

يقول ابن كثير: «لما ولي عمر بن عبد العزيز . . . فانقشع عنه الشعراء والخطباء، وثبت معه الفقهاء والزهاد، وقالوا: ما يسعنا أن نفارق هذا الرجل حتى يخالف قولَه فعلُه»(١٣٥).

وقد أصبحت الشورى مؤسسة قائمة، ذات حدود ورسوم ومعالم مقررة تتميز بها الأندلس الأموية في عهد عبد الرحمن بن الحكم (٢٠٦-٢٣٨ هـ) على سائر أقطار الإسلام من حيث الفكرة والتنظيم. وقد تمثلت في هيئتين: هيئة شورى الأمارة، وهيئة شورى القضاء، وكل واحد من أفراد هيئة شورى القضاء يسمى: الفقيه المشاور، ولعل السبب وراء قيام مؤسسة للشورى القضائية هو: انتشار القضاء في الأندلس، لا في المدن الكبرى وحسب، بل في المدن الصغيرة والقرى، فكان من الطبيعي أن تكون خطة القضاء من أوائل الخطط التي أنشأتها الدولة»(١٣٦).

وفي النظام القضائي السعودي:

الأصل أن الشورى القضائية غير ملزمة(١٣٧) للقاضي، لكن هناك من القضاة من يستشير أهل العلم من زملائه ومشايخه من خلال اللقاءات والجلسات العابرة أو عن طريق الاتصالات الحديثة كالهاتف والفاكس والإنترنت، ولا يوجد أماكن أو دور مخصصة للشورى القضائية.

ومن صور الشورى القضائية غير الملزمة - من وجهة نظري - في القضاء السعودي:

---

(١٣٥)البداية والنهاية (١٩٨/٩) وانظر: تذكرة الحفاظ، الذهبي (١١٩/١)، تاريخ مدينة دمشق، لأبي القاسم (١٦٩/٤٥).

(١٣٦) انظر: الشورى في الأندلس والمغرب منذ بداية الدولة الأموية حتى نهاية دولة الموحدين، د . إحسان عباس (٣٣٣، ٣٤٤).

(١٣٧) وقد أشرنا إلى معنى (المُلزِمة) فيما سبق.

ما يحدث في مسألة الطلاق بالثلاث، فإن بعض القضاة لا يبت في القضية إلا بعد طلب الفتوى من سماحة المفتي، وبعدها يفصل في الحالة المعروضة أمامه، وهذه الفتوى (الاستشارة) غير ملزمة للقاضي.

وقد تكون الشورى القضائية ملزمة للقاضي في نظام القضاء السعودي:

وذلك إذا عجز القاضي عن التوصل للحكم الشرعي، فله أن يكتب للمجلس الأعلى للقضاء لدراستها، وربما أحالها المجلس لهيئة كبار العلماء لبيان الحكم في المسألة، وبذلك يلزم الحكم بالفتوى، وإن كان البت في القضية والحكم فيها يقع من القاضي إلا أنه يقع بناء على الاستفتاء الموجه منه(١٣٨).

المبحث الثالث

شروط الشورى القضائية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بمحل أو مجال الشورى القضائية.

القاضي مأمور بالمشاورة في أحكامه وقضاياه، وهي ضربان:

أحدهما: ظاهر جلي قد حصل الاتفاق فيه، وانعقد الإجماع عليه، فلا يحتاج في مثل هذا إلى مشاورة.

والضرب الثاني: نوازل حادثة لم يتقدم فيها لمتبوع، أو ما اختلف فيه العلماء من مسائل

---

(١٣٨) الاختصاص القضائي، لأستاذنا، ناصر الغامدي (٣٩٦) نقلاً عن (فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم) (١٢/٣٤٩- ٣٥٠). قلت: وهذا إقرار واقع يستفاد منه أن العرف القضائي يلتزم أدبياً بما انتهت إليه هيئة كبار العلماء، باعتبار أن ما يصدر عنهم يمثل قراراً تشاورياً أقرب إلى الصواب من رأي الفرد ولو كان سماحة المفتي.

الاجتهاد، فهو الذي يؤمر بالمشاورة فيها، وذلك ليتنبه بمذاكرتهم ومناظرتهم إلى ما يجوز أن يخفى عليه، حتى يستوضح بهم طريق الاجتهاد(١٣٩).

فالشورى القضائية يمكن أن تقيد بأمرين:

الأول: أنه لا مجال للشورى القضائية في المسائل التي ورد فيها نص قطعي الثبوت والدلالة من الكتاب والسنة الصحيحة(١٤٠).

والثاني: أنه لا يجوز أن ينتهي رأي المشيرين أو المستشارين إلى نتيجة تخالف نصًا من النصوص التشريعية الواردة في القرآن الكريم أو السنة النبوية(١٤١). وبذلك يتبين لنا أن الشورى القضائية إنما تكون في:

١- النوازل الحادثة التي تحتاج إلى تكييف فقهي قضائي.

٢- الأدلة الظنية في ثبوتها ودلالتها.

٣- ما كان قطعيًا في ثبوته، ظنيًا في دلالته.

٤- ما كان ظنيًا في ثبوته، قطعياً في دلالته(١٤٢).

٥- الأدلة التي لها معنى معقول، بحيث يقاس عليه غيره متى تحققت العلة التي من أجلها شرع الحكم، فيبذل المجتهد جهده في تحقيق المعنى الذي نيط به الحكم في الأصل، ويتحقق من وجود المعنى في الفرع، فينقل الحكم من الأصل إلى الفرع عن طريق القياس(١٤٣).

---

(١٣٩) أدب القاضي، الماوردي (٢٦١).

(١٤٠) لكن قد تكون الشورى القضائية في مدى ملاقاة النص للواقعة ومدى انطباقه عليها ولو كان قطعياً.

(١٤١) أصول نظام الحكم في الإسلام، د. فؤاد عبد المنعم (٢١٢).

(١٤٢) انظر: حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح، الطحاوي (١/ ٣٧) وقد يدعي البعض ويقول: ما علاقة الشورى القضائية بالاجتهاد، ويرد على ذلك بأنه لا يمنع من كون هذه المجالات للاجتهاد؟ أن تكون مجالاً للشورى، بجامع أن كلا منهما يبحث عن الرأي الأصوب من خلال النظر.

(١٤٣) انظر: الاجتهاد الجماعي، شعبان إسماعيل (٣٤).

٦- القواعد العامة المأخوذة من أصول منتشرة في آيات القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، مثل المصالح، والاستحسان، وسد الذرائع، وغير ذلك من الأصول العامة التي تؤدي إلى جلب مصلحة أو دفع مفسدة(١٤٤).

وفي نظام القضاء السعودي:

نظراً لأن نظام القضاء السعودي يقوم بتطبيق أحكام الشريعة فإنه لا حاجة إلى التأكيد بأنه يراعي الأخذ بمبدأ الشورى القضائية؛ لأن القاضي الشرعي يهمه عقدياً ومهنياً أن يقضي بالرأي الأصوب فيما يعرض عليه من خصومات، وهذا لا يتحقق إلا بالاستفسار والسؤال وطلب الرأي والمشورة بينه وبين العلماء والزملاء القضاة، وإن كان ذلك لا يتم بطريقة رسمية، إذ الواقع العملي يؤكد ذلك.

وهذا ما نص عليه نظام الإجراءات الجزائية:

«تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة»(١٤٥).

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالقاضي المستشير:

الشرط الأول: كون القاضي مجتهدًا.

نعلم أن الاجتهاد واجب مفروض على القضاة، وذلك لكي يفصلوا فيما يعرض عليهم من منازعات وقضايا بين الأفراد.

---

(١٤٤) انظر: المصدر نفسه (٣٤).

(١٤٥) انظر: المادة الأولى من نظام الإجراءات الجزائية، وانظر: المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم، فإن نظام الإجراءات الجزائية أخذ بما نص عليه النظام الأساسي للحكم.

ولهذا فقد اشترط الفقهاء - رحمهم الله تعالى - لتولية القاضي أن يكون مجتهداً، فقد نص المالكية والشافعية والحنابلة على ذلك، ولم يجيزوا تولية القاضي المقلد للقضاء، إلا في نطاق الضرورة، لأنهم يرون أن رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها، في حين أن فقهاء الحنفية وبعض المالكية لم يشترطوا الاجتهاد في تولية القاضي إلا شرط أولوية(١٤٦).

يقول ابن عابدين معللاً عدم اشتراط الاجتهاد: «.. أي لأنه متعذر الوجود في كل زمن وفي كل بلد فكان شرط الأولوية بمعنى أنه إن وجد فهو الأولى بالتولية»(١٤٧).

ولعل الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - ما انتهى إليه الأحناف، وذلك لانعدام المجتهد، أما مع وجوده فلا أرى تولية غيره، فتكون تولية المقلد للحاجة حينئذ -والحاجة- كما هو مقرر في القواعد- تنزل منزلة الضرورة(١٤٨). كما أن الناظر والمتأمل في قول الأحناف يجده متوافقاً مع عصرنا الحاضر الذي سمةُ القضاة فيه التقليد، ويتعذر فيه وجود المجتهد، فالحكم للأعم الأغلب، لا للقليل النادر(١٤٩).

والشريعة تقرر مبدأ تعدد المذاهب والاجتهادات في الفقه، وتعطي القاضي المجتهد حريته في اختيار المذهب الذي يحكم بمقتضاه(١٥٠).

وفي نفس الوقت يجوز لولي الأمر تقييد القضاة المقلدين بالحكم بمذهب معين(١٥١)

---

(١٤٦) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/٣٦٥)، تبصرة الحكام (١/٥٣)، مواهب الجليل (٦/٩٠)، روضة الطالبين (١١/١١١)؛ شرح منتهى الإرادات (٣/٤٩٢).

(١٤٧) حاشية ابن عابدين (٥/٣٦٥).

(١٤٨) انظر هذه القاعدة، في: الأشباه والنظائر، السيوطي (١٧٩)، الوجيز، البورنو (٢٤٢).

(١٤٩) انظر هذه القاعدة، في: الفروق، القرافي (٣/٢٠٣)، شرح القواعد، الزرقا (٢٣٥)، القواعد الفقهية، الندوي (٣٨٠).

(١٥٠) انظر: فقه الشورى والاستشارة، الشاولي (٢٧٣).

(١٥١) فقد ورد عن سحنون أنه ولَّى رجلاً القضاء، وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق، فشرط عليه سحنون أن لا يقضي إلا بقول أهل المدينة ولا يتعدى ذلك. انظر: تبصرة الحكام (١/٥٢) وهذه المسألة =

للمصلحة في ذلك، لكي تستقر الأحكام ويسير القضاة على نهج واضح المعالم.

والمطبق في المملكة فيما يتعلق بالاختصاص المذهبي هو: ما تضمنه قرار الهيئة القضائية العليا ذو الرقم ٣ في ١/ ٧/ ١٣٤٧هـ والمؤيد بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤/ ٣/ ١٣٤٧هـ وفيه: يجري القضاء في جميع المحاكم على المفتى به في مذهب الإمام أحمد بن حنبل، نظراً لسهولة مراجعة كتبه والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسائله. لكن إذا وجد القضاة مشقة في التطبيق ومخالفة لمصلحة العموم فلا مانع من الأخذ بما ورد في المذاهب الأخرى بما تقتضيه المصلحة(١٥٢).

والأصل الشرعي أن القاضي لا يلتزم بمذهب معين، وإنما يحكم بما أراه الله إذا توافرت فيه شروط الاجتهاد، لقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ١٠٥﴾(١٥٣).

وهذا ما أشار له الملك عبد العزيز - رحمه الله - في خطاباته بقوله: «لا نتقيد بمذهب دون آخر، ومتى وجدنا الدليل القوي في أي مذهب من المذاهب الأربعة رجعنا إليه، وتمسكنا به، أما إذا لم نجد دليلاً قوياً أخذنا بقول الإمام أحمد»(١٥٤).

وجملة القول: إنه إذا كان لا يشترط في القاضي المستشير أن يكون مجتهداً فإنه ينبغي للقاضي المقلد أن يستشير، لأن عصرنا الحاضر من العصور التي ضعفت فيها الهمم

= اختلف فيها العلماء على قولين:
القول الأول: أجازوا للإمام تقييد القاضي المقلد بالحكم بمذهب معين، وبه قال الحنفية وبعض المالكية.
القول الثاني: منعوا الإمام من تقييد القاضي المقلد بالحكم بمذهب معين، وبه قال بعض الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة، وهذا هو الصحيح، لأن الصواب مرتبط بالدليل، وهو المعيار، وليس له ارتباط بمذهب دون آخر. انظر: البحر الرائق (٧/٩)، الشرح الكبير، الدردير (٤/ ١٣٠)، حاشية الدسوقي (١٣٠)، بلغة السالك، الصاوي (٤/ ٧١)، حاشية الرملي (٤/٣٠٣)، الإنصاف، المرداوي (١١/١٧٨).

(١٥٢) انظر: قواعد المرافعات الشرعية فقهاً ونظاماً، ظفير (٦٧).

(١٥٣) سورة النساء، الآية (١٠٥).

(١٥٤) التنظيم القضائي، الزحيلي (٢٨٢).

والعزائم، وأصبح العلماء والقضاة مقلدين ويحتاجون إلى الاستشارة، والاستهداء بآراء غيرهم.

الشرط الثاني: أن يشاور الموافقين والمخالفين، ويسألهم عن حجتهم ليبين الحق ويظهره(١٥٥).

الشرط الثالث: أنه إن كان القاضي أعلم من مخالفه عمل على اجتهاد نفسه، وإن كان مخالفه أعلم منه عمل على اجتهاد مخالفه(١٥٦)، لقوله تعالى: ﴿**وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلاَّ رِجَالاً نُّوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ** ﴿٤٣﴾﴾(١٥٧).

الشرط الرابع: أن تكون مشاورة القاضي للمستشارين في غير مجلس القضاء، وذلك لكي لا ينشغل بهم القاضي، ولربما اتهمه الناس بالجهل أو أفقدت هيبة المجلس، ولكي لا يعلم الخصوم ما يدور بين القاضي ومن يشاوره(١٥٨).

المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالمستشارين

يمكن حصر الشروط المتعلقة بالمستشارين في التالي:

١- أن يكون المستشار أمينًا عالمًا بالكتاب والسنة والآثار وأقاويل الناس، والقياس ولسان العرب(١٥٩).

٢- أن كل من صح أن يفتي في الشرع جاز أن يشاوره القاضي في الأحكام، وتفريعاً على ذلك لا يشترط كون المستشار بصيرًا أو رجلاً، كما أن المعتبر في المفتي شرطان(١٦٠).

---

(١٥٥) انظر: المغني، ابن قدامة (١٠/١٠٠).
(١٥٦) انظر: أدب القاضي للماوردي (٢٦٢).
(١٥٧) سورة النحل، الآية (٤٣)، سورة الأنبياء، الآية (٧).
(١٥٨) انظر: شرح أدب القاضي للخصاف، الصدر الشهيد (٣٦٥).
(١٥٩) انظر: أدب القاضي، الماوردي (٢٦٤).
(١٦٠) انظر: الحاوي، الماوردي (١٦/٥٠).

أ ـ العدالة المعتبرة في المخبر دون الشاهد، لأن الحرية وسلامة البصر يعتبران في الشاهد، ولا يعتبران في المفتي والمخبر.

ب ـ أن يكون من أهل الاجتهاد في النوازل والأحكام(١٦١).

ويكون من أهل الاجتهاد إذا أحاط علمه بأمور، منها(١٦٢).

١ – علمه بكتاب الله في معرفة ناسخه ومنسوخه ومحكمه ومتشابهه، ومفسره، ومجمله وعمومه وخصوصه.

٢ – علمه بسنّة رسول الله ﷺ في معرفة أخبار التواتر والآحاد وصحه الطرق والإسناد.

٣ – أن يكون عالمًا بمواضع الإجماع ومواضع الخلاف وأقاويل الناس، بحيث يعرف الأحكام التي لا يجوز الاجتهاد فيها.

٤ – علمه بالقياس، ما كان منه جليًا أو خفيًا، وقياس المعنى، أو قياس الشبه وصحة العلل وفسادها.

٥ – أن يكون عالمًا باللغة العربية، لأن القرآن المصدرَ التشريعي الأول نزل بلسان عربي، فيعرف لسان العرب من صيغة ألفاظهم وموضوع خطابهم، ليفرِق بين الفاعل والمفعول، وحكم الأوامر والنواهي، والندب والإرشاد، والعموم والخصوص.

٦ – أن يكون عالمًا بأصول الفقه لاشتماله على ما تمس الحاجة إليه، وعليه أن يطول

---

(١٦١) إذا قصد بذلك ما يتعلق بتوافر شروط الاجتهاد الجزئي، وهي – كما قال فيها أحد الباحثين المعاصرين –: «وشروط الاجتهاد الجزئي – كما ترى – سهلة المنال، فليس على مريد الاجتهاد في مسألة من مسائل البيع أو الطلاق، إلا أن يعرف آيات البيع أو آيات الطلاق، وأحاديث البيع أو أحاديث الطلاق أو يعرف ما نسخ منها، وما لم ينسخ، ويعرف الإجماع لتجنب المخالفة بعد أن يكون على بصيرة في فهم اللغة، ونصب الأدلة، وليس عليه أن يحيط بجميع الأدلة وجميع علم اللغة، وفنون المنطق والكلام وآراء الفلاسفة». الاجتهاد الجماعي، شعبان إسماعيل (١٢٤– ١٢٥).

(١٦٢) انظر: أدب القاضي، الماوردي (٢٦٥) الإبهاج ، السبكي (١/٨).

الباع فيه(١٦٣).

يقول الفخر الرازي: «إن أهم العلوم للمجتهد علم أصول الفقه»(١٦٤).

٧- معرفة الناس والحكم الشرعي على معاملاتهم اليومية ومستجداتهم الحديثة: يقول عن هذا الشرط الإمام ابن القيم -رحمه الله-: «هذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهًا فيه، فقيهًا في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإن لا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهًا في الأمر، له معرفة الناس، تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل.. بل ينبغي له أن يكون فقيهًا في معرفة الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال»(١٦٥).

٨- أن يكون عالمًا بالمقاصد الشرعية(١٦٦).

وتحقق الشروط السابقة يكون حسب الإمكان، وإن لا فيكفي في المستشارين أن يكونوا على قدر من العلم يستطيعون من خلاله أن يقوموا بالمشاورة لا سيما في عصرنا الحاضر الذي انعدم فيه وجود القاضي المجتهد، وأصبح توافر الضوابط السابقة في المستشار من الصعوبة بمكان.

---

(١٦٣) انظر: الورقات الجويني (١/٢٩).
(١٦٤) المحصول، الرازي (٦/٣٦)، وانظر: إرشاد الفحول، الشوكاني (١/٤٢١).
(١٦٥) أعلام الموقعين، ابن القيم (٤/٢٠٤).
(١٦٦) انظر: الموافقات، الشاطبي (٤/١١٣).

الخاتمة والنتائج

بعد الانتهاء من هذا البحث بتوفيق من الله توصلت للنتائج الآتية :

أولاً : الشورى القضائية يمكن أن تعرّف بـ : بطلب الرأي المحقق للمصلحة الشرعية من أهل الاختصاص في أمرٍ مشكل على صاحبه .

ولكي تحقق الشورى القضائية أهدافها التي من أهمها معرفة الرأي الأصوب في المسائل المستشكلة فلابد من توافر أمور مهمة ، منها :

أ- حرص المستشير على طلب الرأي والمشورة .

ب- أن يكون هذا الطلب من أهل الخبرة والاختصاص .

ج- أن يحقق هذا الرأي المصلحة الشرعية والدنيوية .

ثانيًا : أن الشورى القضائية قد تُبرز نقاطًا كانت خافية على القاضي ، أو تجّلي أمورًا كانت غامضة ، فاستظهار رأي الشورى من الأمور التي قد تحدث تغييراً في مسار الحكم فكان من الحكمة أن يكون هناك شورى قضائية حتى يكون الاجتهاد سليمًا وأقرب للصواب .

ثالثًا : أنه إذا لم يكن القاضي عالمًا ، وليس له القدرة على الاجتهاد والاستنباط ، فالأولى له مناظرة ومشاورة الفقهاء في أمره وما يَردُ عليه ؛ لأن اجتهاده خطير الأثر والنتائج .

رابعًا : أن الشورى القضائية تنقسم إلى قسمين : شورى قضائية لازمة ، وشورى قضائية غير لازمة ، مع اعتبار أن المراد باللزوم هنا ليس الواجب أو الفرض بمفهوم الأصوليين ، وإنما المراد به الأولى وخلاف المباح ، فيكون المعنى أن الشورى مباحة وغير مطلوبة على سبيل الاستحباب .

خامسًا: أن الشورى القضائية غير الملزمة مستحبة ومندوبة للقاضي وغير ملزمة له، وذلك في المسائل التي لم تشكل عليه، واستطاع أن يقضي فيها باجتهاده ويصدِّر فيها حكمًا.

أما المسائل التي أشكلت عليه وتوقف فيها اجتهاده فيجب عليه حتمًا أن يشاور العلماء فيها؛ لأنه لا يجوز للقاضي أن يعتذر أو يمتنع عن القضية بحجة أنه لا يجد لها حكمًا؛ لأن هذا الامتناع يكون فيه إنكار للعدالة، وتعطيلٌ للشريعة، وتضييعٌ لحقوق الآدميين، وتحرمه شريعتنا وتعاقب عليه القوانين.

سادسًا: الراجح أن تكون الشورى القضائية في غير مجلس القضاء، وذلك لكي لا ينشغل القاضي بهم.

سابعًا: أن الحكم الشرعي المبني على الشورى القضائية له وجاهته وقوته، والحاجة داعية له في هذا العصر الذي غاب فيه المجتهد المطلق وتعذر الإجماع.

ثامنًا: الشورى القضائية المطلوبة تتمثل في تعدد القضاة في النظر في قضية واحدة، بحيث يحكم كل قاض في القضية أولاً حسب أدواته الاجتهادية وبما يظهر له، وبعد الحكم من كل واحد تكون المشاورة والأخذ بالحكم الذي ترجح بالإجماع أو الأغلبية في القضية.

تاسعًا: أن القول بتعدد القضاة في القضية الواحدة «الشورى الملزمة هو الراجح، ذلك لأنه يحقق ضمانة من ضمانات العدالة، ولا سيما في هذا العصر الذي كثر فيه التحايل وفسدت فيه الضمائر، كما أن المصلحة تقتضي تعدد القضاة لرفع التهمة والريبة.

عاشرًا: أن الأنظمة الجزائية بالمملكة العربية السعودية قد أخذت بمبدأ تعدد القضاة «وهو نوع من الشورى القضائية» وذلك في محاكمها الجزائية، والاستئنافية، والعليا،

وكذا في ديوان المظالم، وكذا في المحاكم العامة ومحاكم الأحوال الشخصية والمحاكم التجارية والمحاكم العمالية حسب ما نصت عليه المواد ١٩ , ٢١ , ٢٢ , ٢٣ من نظام القضاء الجديد.

الحادية عشرة: أن هناك الكثير من صور الشورى القضائية، وهو منثور في كتب الفقه والحديث والسير، وفي نظام القضاء السعودي.

الثانية عشرة: أن للشورى شروطاً متعلقة بالمحل، وبالقاضي المستشير، وبالمستشارين، من أهمها:

أنه لا مجال للشورى القضائية في المسائل التي ورد فيها نص قطعي الثبوت قطعي الدلالة.

أنه لا يجوز أن ينتهي رأي المستشارين إلى نتيجة تخالف النصوص الشرعية.

أنه لا مجال للشورى القضائية في الأنظمة المرعية التي لا تخالف أحكام الشريعة وتتفق مع مقاصدها ومبادئها الكلية.

أنه لا يشترط في القاضي المستشير أن يكون مجتهداً.

الأصل الشرعي أن القاضي لا يلتزم بمذهب معين، ولا يجوز للإمام تقييده، وإنما يحكم بما أراه الله إذ إن الحق والصواب معياره الدليل، وليس له ارتباط بمذهب بعينه، وهو ما أشار إليه مؤسس هذه البلاد الملك عبدالعزيز - رحمه الله - في خطاباته، وإن كان نظام القضاء السعودي يرى الأخذ بالراجح من المذهب الحنبلي.

أن يكون المستشارون أمناء عالمين بالكتاب والسنة والآثار ومن أهل الفتيا والاجتهاد. وتحقق هذه الشروط يكون بحسب الإمكان وإن لا فيكفي في المستشارين أن يكونوا على قدر من العلم يستطيعون من خلاله أن يقوموا بالمشاورة، ولاسيما في عصرنا الحاضر الذي انعدم

فيه وجود القاضي المجتهد، وأصبح توافر الضوابط السابقة في المستشار من الصعوبة بمكان.

مقترح لتفعيل الشورى القضائية عملياً:

١- أن يقوم معالي وزير العدل باختيار مجموعة من أهل الحل والعقد في كل تخصص على مستوى المملكة يمثل فئات المجتمع ليضطلعوا بمهام هيئة الشورى القضائية.

٢- أن يخصص معالي وزير العدل لكل بلدة فيها محكمة عدداً من هؤلاء ليتسنى لهم القيام بمهماتهم على خير حال.

٣- أن يعطى هؤلاء المجموعات التي تخصص لكل محكمة المميزات التي تعطي للقضاة.

٤- أن تعرض على الهيئة الاستشارية القضايا المشكلةُ التي يقف فيها القاضي موقف المتحير.

٥- أن يحدد زمن محدد للهيئة لدراسة القضايا التي تعرض عليها لأخذ المشورة لسرعة الفصل في القضايا.

٦- أن تقدم الهيئة حكمها في القضية وتعرض على القاضي.

٧- إنه رأى القاضي أن ما أشارت به المحكمة من رأي يطمئن إليه قلبه بعد استيعاب الأسباب أخذ به وإن لا فلا.

٨- أنه إذا أخذ القاضي برأي الهيئة الاستشارية فإن ذلك يكون حكماً للمحكمة، وليس حكماً للهيئة، لأنه هو الذي صدق عليه بصفته قاضي الحكم في القضية، ومن ثم يصير لازماً في حق المحكوم عليهم.

والحمد الله الذي تتم بنعمته الصالحات. وصلى الله وسلم على سيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين.